

论我国民事上诉制度之重构

齐树洁*

一、引言

二、现行民事上诉制度的缺陷与改革的基本思路

三、完善第二审程序的思考——审判权与上诉权的制衡

四、实行有限三审终审制之构想

五、严格限制再审程序的启动

六、结语

一、引言

上诉制度是司法制度的重要构成部分，担负着多样化的司法功能，^①并且需要在不同的价值目标之间进行平衡与取舍。^②由于现代社会的急剧变迁，许多国家的民事上诉制度无论是在制度设计还是实际运作上都面临着种种问题，并进而影响着整个司法制度的有效运行。在我国，由于制度设计上固有的缺陷，加之司

* 厦门大学法学院教授，西南政法大学博士研究生。

① 一般认为，上诉审制度的功能包括吸收不满、纠正事实错误、促进法律适用的统一以及巩固司法体系的合法性等。参见[美]罗杰·科特威尔著，张文显等译：《法律社会学导论》，华夏出版社1989年版，第269—271页。

② 这种矛盾根据英国学者Stuart Sime的解释，是在鼓励判决的终局性与纠正判决的错误之间求得平衡（balance between encouraging finality and correcting mistakes）。参见Stuart Sime, A Practical Approach to Civil Procedure, Blackstone Press Limited, 2000, p.489

法实践中颇具中国特色的请示报告之风盛行，再审程序启动的随意性大，“终审不终”现象普遍存在，民事上诉制度在理论与实践两个层面均存在着比其他国家更加难以克服的问题。这种状况不但影响了对当事人合法权益的保护，而且损害了法院的权威，动摇了司法的根基。^①

公正与效率是我国司法改革的主题。对民事诉讼制度的改革而言，要实现这两大价值目标，仅仅依靠抽象的理论更新或诉讼模式的转换是不够的，更重要的是要把这两个目标贯彻到各项具体制度的规则设计中，并通过它们相互之间的分化与配合来加以实现。诉权是由宪法保障的基本权利之一，上诉权是诉权的延伸。然而，司法公共资源的有限性意味着诉权保障的有限性，作为当事人“权利”事项的上诉机会要受制于公正与效率的平衡、个案当事人权利保障与公众权利保障的平衡等准则。^② 必须强调的是，在我国民事司法改革（包括上诉制度改革）的语境中，当需要在公正价值与效率价值之间进行选择时，应当将公正作为民事司法改革的优先选择和实现的价值，只有在公正价值得到确立和实现的前提下，才能确立和实现效率价值。^③

① 近年来，在各种报刊上经常可以看到这方面的报道。例如：《三级法院，四个判决，八年官司，一张白纸》，载《南方周末》1998年6月5日；《两审终审制：无法终审的现实》，载《中国律师》1999年第10期；《诉讼七年还在二审，如此延宕谈何效率》，《法制日报》2001年3月24日。

② 傅郁林：《审级制度的建构原理——从民事程序视角的比较分析》，载《中国社会科学》2002年第4期。

③ 关于民事司法改革中公正与效率的关系，详见刘敏著：《当代中国的民事司法改革》，中国法制出版社2001年版，第72—86页。

二、现行民事上诉制度的缺陷 与改革的基本思路

如前所述,在我国,由于民事上诉制度在制度设计上的固有缺陷,加之我国民事司法实践中诸多“中国特色”的做法,使得我国的民事上诉制度较之其他法治国家存在更多的问题,主要表现为以下四个方面:

(一)“两审终审”制约上诉功能

我国肇始于新民主主义时期的两审终审制,在当今各国普遍采用三审终审制的趋势下,几可谓独树一帜。^①这种审级制度的存在与运行,在很长一段时间内被认为是适合我国国情的优秀司法经验。其立法理由,根据权威民诉法学者的总结,主要是考虑:第一,可以减少当事人的讼累,方便当事人进行诉讼……审级过多,会使民事关系长期处于不稳定状态;第二,可以使高级法院和最高法院摆脱审理具体案件的工作负担,集中精力搞好审判业务的指导监督;第三,我国的审判监督制度可弥补审级少的不足;第四,第三审仅作书面审和法律审,对案件事实部分不予过问,因而作用极其有限。^②结合我国民诉法立法时的大量资料,可以认为这一总结基本上解释了中国审级制度的技术思路,而其正当性逻辑可以作如下推演:承认“两审终审”可能存在审

① 目前世界上实行两审终审制的国家已为少数例外,除了人口稀少的国家和州之外,只有以前苏联为样本的国家,而其中罗马尼亚已于1990年将审级制度改为三级结构。参见傅郁林:《审级制度的建构原理——从民事程序视角的比较分析》,载《中国社会科学》2002年第4期。

② 江伟主编:《民事诉讼法学原理》,中国人民大学出版社1999年版,第333页。

级过少的缺陷→但是相对三审制，两审制存在比较优势，这种优势一方面是由于三审终审本身的局限性，另一方面是缘于两审制可能带来的诉讼效率与实务方便（即“集中精力搞好审判业务的指导监督”）→就算两审制可能存在不足，我国还有审判监督制度这一“法宝”来加以弥补。

在审级制度的多寡上，公正与效率似乎总是存在难以克服的矛盾：审级制度多了，当事人之间的纠纷经过多次的审理，似乎能够减少在事实认定与法律适用上的错误，至少也能在心理上满足当事人的公正需求，但是不可避免地会影响诉讼的效率；相反，减少审级在提高诉讼效率的同时，却可能造成审判过于匆促、无法确保司法公正的印象。当然，也有不少学者指出审级的多少与裁判结果的公正并没有必然的联系。我们同意这一观点。然而就我国民事诉讼的实践而言，作为支撑两审终审制的立法理由，不仅未能得到有效的实现，而且这种审级制度与我国特殊的司法体制相融合，却产生了严重损害程序公正价值的消极作用，并且这种损害是远非通过提高诉讼效率能够弥补的。这主要体现在以下几个方面：首先，依据我国民事诉讼法关于级别管辖的规定，通常情况下基层法院管辖第一审民事案件，故绝大多数民事案件的终审法院为中级法院。终审法院的级别较低，致使第一审不公正的裁判难以得到有效的纠正；其次，在我国行政化的司法体制之下，上下级法院之间存在经常性业务联络，通过上下级法院之间的相互制约以保障司法公正往往难以得到有效的实现。更为严重的是，在我国法院系统内部，长期以来一直存在着案件请示报告制度。下级法院在案件审理过程中遇到疑难的实体或程序问题时，习惯于以书面或口头的形式向上级法院请示，上级法院也习惯于就请示的问题乃至案件具体处理决定作出答复。应该承认，在立法相对滞后，各级法院法官素质参差不齐的情况下，“请示报告”在一定程度上有利于法律的统一适用，提高下级法院的办

案质量。然而，从程序公正的角度出发，它并不符合独立审判原则对上下级法院之间相互独立的内在要求，并且导致当事人的上诉权被变相剥夺，两审终审成为实质上的一审终审。^①最后，由于实行两审终审，案件的审理在比较狭小的范围内易受各种地方势力的干预，司法独立难以保障，这也是我国司法实践中地方保护主义形成与难以克服的重要原因之一。

民事上诉制度在具有保护当事人合法权益这一“私人目的”的同时，还应具有“公共目的”，即维持国家法制的统一并为法律的发展寻找契机。然而就我国“两审终审”的实践而言，由于终审法院级别较低，各个法院对法律的理解与适用常常因地而异，在这种情况下要为法律的发展寻找契机固不现实，事实上就连法律适用的统一也难以得到保证。另外，级别较高的法院由于较少实际接触案件，对下级法院进行业务指导就有可能力不从心。因此作为支撑两审终审制的重要理由——“高级法院和最高法院摆脱审理具体案件的工作负担，集中精力搞好审判业务的指导监督”，仅仅是一种美好的愿望。

（二）“无限上诉”诱导程序投机

在我国民事诉讼中，尽管学理上认为当事人提起上诉要满足实质与形式两个方面的要件，然而就我国民事诉讼法的条文上看，并不存在像德国民事诉讼法那样明确的限制上诉的许可标准。这实际上就意味着任何案件，不论诉讼标的额的大小，不论案件是

^① 参见刘会生：《人民法院管理体制改革的几点思考》，载《法学研究》2002年第3期；王利明：《民事司法改革研究》，法律出版社2001年版，第364—367页。值得一提的是，最高人民法院已经注意到了这一问题。肖扬院长指出：“要改变过去一些地方在判决前层层请示的做法。一般对案件事实、证据认定和适用法律问题不应当请示，防止开庭审理走过场，剥夺上诉人的上诉权利。”参见肖扬：《人民法院开展集中教育整顿的情况汇报》，载《人民法院报》1999年2月1日。

否复杂，也不论当事人是出于何种目的，都可以因当事人递交上诉状而引起二审程序，由上级法院对该案件进行第二次审理。^①这样做的结果一方面是使那些诉讼标的小、案件极其简单的案件难以通过一审得到有效的审结；另一方面，与德国遭遇的情形类似，在我国民事审判实践中，当事人出于投机或通过拖延时间损害对手权利的不正当目的而滥用上诉权的现象时有发生。特别是在上诉审理范围上的“全面审查”，更为这种程序投机的泛滥提供了温床。

（三）“全面审查”违反不告不理

如上所述，世界各国上诉审的模式基本上可以分为复审制、续审制与事后审制三种，而其划分的主要依据就在于上诉审查的事实与证据的范围。根据我国民事诉讼法第 151 条，“第二审人民法院应该对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查”，学理上一般将我国第二审模式界定为续审制，也就是说第二审不应当对第一审案件进行全面的审查，其审理的范围应该受到当事人上诉请求的限制。然而 1992 年最高人民法院《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》（下称《适用民诉法意见》）却在第 180 条规定，第二审人民法院发现上诉请求以外原判确有错误的，也就予以纠正，这事实上就给二审法院全面审查第一审案件埋下了伏笔。或许是长期以来受超职权主义诉讼模式的影响，审判人员对《适用民诉法意见》第 180 条的贯彻显然比对民诉法第 151 条的执行更有力度，导致司法实践中“一些二审的审判人员不受当事人上诉请求的限制，不是针对上诉人的请求范围审理案件，而是机械地依职权实行全案审理、全面审查，当事人重复陈述、重复

^① 杨荣新、乔欣：《重构我国民事诉讼审级制度的探讨》，载《中国法学》2001 年第 5 期。

举证、重复辩论”的不合理现象。^①而这种现象的存在不仅降低了诉讼效率,更为严重的是违反了民事诉讼“不告不理”的基本原则,使当事人的诉权受到审判权的不当干预。为了克服这种弊端,1998年最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第35条规定:“第二审案件的审理应当围绕当事人上诉请求的范围进行,当事人没有提出请求的,不予审查。但判决违反法律禁止性规定、侵害社会公共利益或者他人利益的除外。”然而,究竟何为“围绕”当事人上诉请求的范围,是否等同于以当事人的上诉请求为限。上述的规定并未做进一步的解释,导致在理论界与实务界均存在着不同的看法。^②另外,以“判决违反法律禁止性规定、侵害社会公共利益或者他人利益”作为二审法院干预上诉案件审理范围的理由似乎也有悖民事诉讼“私法自治”的精神。^③

(四)“发回重审”影响诉讼效率

根据我国民事诉讼法第153条,人民法院在审理上诉案件之后,在以下两种情况下可以撤销原判,将案件发回重审:一是原判决认定事实错误,或者原判决认定事实不清,证据不足;二是原判决违反法定程序,可能影响案件正确判决。对于第一种情况,虽然民诉法第153条同时规定人民法院可以在查清事实的基础上依法改判,但由于法律未规定哪些情形应当依法改判,哪些情形应当发回重审,实践中有些案件并没有发回重审的必要,完全可以

① 参见最高人民法院研究室编:《民事经济审判方式改革示范:走向法庭》,法律出版社,1997年版,第58、210页。

② 此方面的争论可参见景汉朝、卢子娟:《经济审判方式改革若干问题研究》,载江平主编:《民事审判方式改革与发展》,中国法制出版社1998年版,第62页。

③ 许少波:《我国民事上诉审理范围的回顾与思考》,载《河南省政法管理干部学院学报》2000年第4期。

自行调查后改判的，二审法院也发回重审，造成人民法院之间互相踢皮球、影响案件的及时审理等弊端。而对于第二种情况，只要原判决存在违反法定程序的问题，二审法院也经常不问是否真正影响到案件的正确判决，更不考虑对于轻微的程序违法是否可以自行纠正就直接将案件发回重审，结果是既严重影响了程序的安定性，也降低了诉讼效率，加大了当事人的诉讼成本。^①

（五）“终审不终”自毁司法权威

近年德国民事上诉制度的改革给了我们这样一种启示：民事上诉制度的完善，离不开相关制度特别是审级制度的整体配合。对于德国来说，完善上诉制度的当务之急是强化一审程序。而对于我国来说，与上诉制度缺陷密切相关的则是再审程序问题。我国的再审程序是指法院对已经发生法律效力民事裁判、调解协议发现确有错误，依法再次进行审理所适用的程序。从一定意义上说，再审程序与上诉审程序设立的目的有某些相同之处，二者都具有消除和纠正已形成的裁判中错误的积极作用。而对于再审程序的设置，一般认为还具有以下特殊价值：第一，它是为纠正生效裁判的错误而设立的程序，体现了法院审理民事案件的负责精神，也是对合法民事权益的更完善的保护；第二，它为发现并纠正生效裁判的错误提供了多种手段和途径，不仅当事人可以申请再审，各级人民法院和人民检察院也通过行使职权发动再审程序；第三，再审程序的存在是对两审终审制的一种必要的补充。^②然而正是上述第二点价值，即“为发现并纠正生效裁判的错误提供多种手段和途径”，导致人民法院终审裁判的权威性受

① 参见林文坚、周泽：《上诉案件发回重审应慎重》，载《法制日报》2001年6月2日。该文指出，现行发回重审制度存在很多不容忽视的问题，诸如劳民伤财，使两审终审流于形式，使法院公正形象受损，助长二审法院滥用权力等等。

② 齐树洁主编：《民事诉讼法》，厦门大学出版社，2002年版，第215—216页。

到极大的削弱，并进而影响到民事司法的整体权威性。一方面，现行法律对人民法院依职权决定再审无论在对象、理由与时限上均无明确的限制，“不论什么时候，不论当事人的意思如何，只要发现裁判确有错误，都可以提审或再审，这不仅有害当事人之间权利关系的安全性、稳定性和生效裁判的权威性、稳定性，而且严重违反诉讼时效制度。”^① 另一方面，检察机关拥有充分的启动再审的权力，许多当事人因此放弃了正常上诉权的行使，把主要精力投入到不需要支付诉讼费的检察机关的抗诉监督上，导致再审案件逐年上升，“有的案件经过六次审判，最终还是回到最初的结果，有的甚至出现七八次审判”^② 由此看来，再审程序作为我国两审终审制的补充确实发挥了一定作用，在某种程度上充当了第三审乃至第四审、第五审……不过这种“补充”早已突破了其作为一种例外救济的或然性，使二审终审制名存实亡，违背了当初的立法宗旨。

针对我国民事上诉制度存在的上述弊病及其成因，我们认为我国民事上诉制度必须进行全面的变革。改革的基本思路是：（1）针对立法和实践中的问题，完善现行的第二审程序，使之更符合公正与效率的要求；（2）借鉴多数国家的立法例，实行有限的三审终审制；（3）在建立有限三审的同时，修改现行审判监督程序的规定，对再审程序的启动予以严格限制。

三、完善第二审程序的思考——审判权与诉权的制衡

在现代各国的审级制度中，第二审具有举足轻重的地位。重

① 黄宣：《论我国民事诉讼再审程序的改革》，载田平安主编：《民事诉讼程序改革热点问题研究》，中国检察出版社 2001 年，第 423 页。

② 王利明：《WTO 与司法改革》，载《法律适用》2000 年第 10 期。

构我国民事上诉制度首先必须考虑的是如何进一步完善第二审程序，使之更符合公正与效率的要求。而要实现这一目标，我们认为改革的基本原则是妥善处理上诉程序中当事人诉权与法院审判权的关系。事实上，就上述我国民事第二审程序存在的缺陷看，可以认为是一种对诉权与审判权关系的扭曲：一方面，当事人的诉权未受到合理的限制，上诉程序被不适当地频繁启动；另一方面，当事人进入上诉程序后应享有的正当权利却未受到应有的保护。要改变这种状况，就必须维持审判权与上诉权的平衡与相互制约以保障民事上诉制度的公正性，同时在不损害公正价值的前提下提高第二审程序的效率，使其更为当事人所利用。

（一）审判权对上诉权的限制

针对我国民事上诉制度中存在的小额案件难以及时审结以及上诉投机的现象，出于提高诉讼效率、保障当事人正当权利实现的目的，许多学者主张在我国建立针对部分案件的一审终审制。也就是说，某些经过一审法院审理并获得确定裁判的案件，只要在法律规定的限制上诉范围之列就不得提起上诉，裁判一经作出即产生既判力。至于适用一审终审的民事案件的范围，也就是确定限制某些民事案件提起二审的标准，学界提出的条件概括起来有以下三项：第一，划定上诉的最低争议标的金额的标准，争议的金额在最低上诉标准之下的，不准许上诉；第二，划定简单案件范围，规定属于案件简单、事实清楚、争议不大的案件，不准许上诉；第三，允许双方当事人在诉讼或者诉讼中以书面形式约定对所发生的争议适用一审终审制。

我们赞同通过设立上诉许可制度来实现一审案件的分流，使那些数额较小、案情简单的案件通过一次审理即告终结。但是对于学界提出的许可上诉的标准（事实上也就是适用一审终审的标准），有以下几点需要加以说明：首先，当事人提起上诉是行使

程序选择权与处分权的重要表现，只要权利的行使不违反法律、损害公序良俗就应得到充分的尊重。因此，允许当事人约定使用一审终审制，确认放弃上诉权的效力并无不可，事实上这种做法也为世界上许多国家所采用。其次，对于以案件争议标的价额作为许可上诉的理由，应当注意的是，在英美法系国家，案件争议标的额始终未成为当事人获得上诉救济的标准；而在这一规则发源地的德国，已经不再把上诉价额作为许可上诉的绝对标准。因此，我国如果考虑划定上诉最低争议标的价额，应当兼顾司法公正与司法效率，在规定的最低上诉利益金额的同时，规定即使案件争议的价额小，但可能对当事人产生重要的影响、涉及社会公共利益或者具有重要的法律意义时，不适用一审终审制。最后，对于以案件案情简单、事实清楚作为适用一审终审的标准我们觉得并无不妥，但问题是究竟应该由哪一级的法院来认定这一点？我们知道，上诉制度的一个重要目的是为当事人提供释放不满的渠道，如果由已经作出对上诉人不利判决的原审法院来决定上诉许可，恐怕难以获得当事人的认同，因此当事人在向原审法院提出上诉许可申请如果被驳回，应当借鉴英国新规则，允许当事人向上诉审法院再次提出上诉许可申请。

审判权对上诉权的制约，除了实行上诉许可制度并使部分案件经过一次审理即告审结之外，基于诉讼经济的目的，还应考虑严格限制上诉审理中新证据的使用。我国民事诉讼法对当事人在二审中提出新证据并没有任何限制。作为近年来民事证据制度改革的重要成果，2001年12月最高人民法院颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》（下称《民事证据规定》）第41条第2款规定，二审程序中的“新的证据”包括：一审庭审结束后新发现的证据；当事人在一审举证期限届满前申请人民法院调查取证未获准许，二审法院经审查认为应当准许当事人申请调取的证据。第42条第2款规定了二审中当事人的举证时限：“当事人在二审程

序中提供新的证据的，应当在二审开庭审理时提出；二审不需要开庭审理的，应当在人民法院指定的期限内提出。”应当肯定，《民事证据规定》对二审中当事人提出新证据范围和时限的明文限制，对于提高二审程序的效率，防止当事人利用借行使上诉权进行诉讼投机有积极的意义。然而与英、德两国在二审程序中原则上不接受新的证据相比，^①我国的上诉程序仍给当事人“更新权”的行使留下了过于宽泛的空间。因此，有必要借鉴英、德两国上诉制度改革经验，对某些上诉案件禁止当事人以任何理由提出新的证据，而只依据一审的诉讼材料进行审理并直接作出裁判。这些案件可以包括：（1）一审就不予受理、驳回起诉和管辖权作出裁定的案件；（2）当事人提出的上诉请求明显不能成立的案件；（3）原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决，需要发回重审的案件；（4）原判决认定事实清楚，但适用法律错误的案件。^②

（二）上诉权对审判权的制约

在我国民事上诉制度中要实现上诉权对审判权的制约，使当事人的诉权真正得以实现，首要的一点是应该改变我国法院现在的行政化体制，落实独立审判原则，废除下级法院请示报告制度。这主要是因为“设置上诉制度的目的应予以防止一审法院在认定事实、适用法律方面出现错误，是一种纠错机制，如果允许上级法院直接干预下级法院对案件的具体审理，必将架空审级制

① 以是否允许当事人在二审（含再审）中提出新证据为依据，诉讼法学理论界形成了“辩论更新说”与“限制更新说”两种观点，现代各国基本上采用后一种观点。参见冯仁强：《司法公正与民事上诉制度改革》，载张卫平主编：《民事司法改革研究》（第1辑），中国法制出版社2001年版，第317页。

② 王建源：《论民事上诉制度之重构——以上诉权为中心》，全国法院系统第十四届学术研讨会论文（2000年）。

度，使审级制度徒有虚名。”^① 不过，此方面的问题更多的是牵涉到我国法院体制的整体性改革，已远非上诉制度改革所能解决。对民事上诉制度而言，当务之急是以确立禁止不利变更原则为中心，将第二审审理的范围严格限制在上诉请求的范围之内。

要将第二审审理的范围限定在上诉请求的范围之内，尊重与保障当事人诉权的行使，首先必须取消《适用民诉法意见》第180条的规定，并将民诉法第151条修改为：“第二审人民法院的审理范围以当事人的上诉请求为限。当事人未声明不服的事项，第二审人民法院不予审查。”作为该规定的配套规则，还应该考虑在我国民事上诉制度中确立禁止不利变更原则。所谓不利益变更禁止原则，是指上诉审法院对上诉案件的审理，不论上诉人的上诉请求全部或部分地被支持，其判决既不能加重上诉人的民事责任，也不能减损上诉人应得的利益，上诉人的负担不得因上诉而超过原判决。在我国理论界，除了个别学者外，^② 绝大多数人主张应该在我国民事上诉制度中确立禁止不利益变更原则。我们之所以同样对确立禁止不利益变更原则持肯定意见，除了考虑到“允许二审法院作出不利于上诉人的判决，在一定程度上影响了当事人上诉权的行使，抑制上诉制度发挥作用”^③ 之外，更重要的是考虑如果不确立该原则（一般说来上诉人是不可能提出减损自己利益的上诉请求的），那么要将二审审理的范围限定在上诉人上诉请求的范围之内就无法真正得到实现。当然，禁止不利益变更原则的适用亦有例外情形，这主要包括：（1）诉讼要件欠

① 张卫平：《论我国法院体制的非行政化——法院体制改革的一种基本思路》，载《法商研究》2000年第3期。

② 关于否定民事上诉不利益变更原则的理由，详见冯仁强：《评“民事上诉禁止不利益变更原则”》，载《法学》2001年第8期。

③ 许俊强：《民事二审程序应确立禁止不利变更原则》，载《人民司法》2000年第1期。

缺；(2)被上诉人提出上诉或附带上诉；^①(3)原审判决违反了法律禁止性规定或损害社会公共利益、他人合法权益。

(三) 提高第二审程序的效率——“发回重审”的限制

为提高第二审程序的效率，避免反复的审理给当事人增加的不必要的诉讼成本，有必要对我国“发回重审”进行限制。这种限制一方面应明确规定即便原审判决存在认定事实错误或认定事实不清、证据不足等情形，但第二审法院可以自行调查的，应避免将案件发回发审，而由第二审人民法院查清事实后改判。另一方面，应以“第一审诉讼程序存在重大瑕疵”取代“原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决”作为发回重审的理由，而对于那些在第一审中存在轻微程序违法的一审裁判，第二审人民法院可以自行加以纠正或在第二审裁判中予以宣告。至于何谓“第一审诉讼程序存在重大的瑕疵”，我们认为可以将其界定为第一审违反法定程序的情形与第一审错误判决的形成有直接的因果关系。另外，即便第一审存在重大的程序瑕疵，基于尊重当事人的考虑，亦可以允许双方当事人通过协议由第二审法院依法改判。^② 值得注意的是，作为此方面改革的最新举措，最高人民法院2002年7月31日公布的《关于人民法院对民事案件发回重审和指令再审有关问题的规定》明确指出：“第二审人民法院根据民事诉讼法第153条第1款第3项的规定将案件发回原审人民法院重审的，对同一案件，只能发回重审一次。第一审人民法院重审后，第二审人民法院认为原判决认定事实仍有错误，或者原判决认定事实不清、证据不足的，应当查清事实后依判。”

① 所谓“附带上诉”，指当事人一方提起上诉之后，被上诉人在已开始的上诉程序中提出上诉。德国、日本、法国的民事诉讼皆有关于附带上诉的规定。

② 刘敏：《论我国民事诉讼二审程序的完善》，载《法商研究》2001年第6期。

四、实行有限三审制之构想

如上所述，在审级的建构上，当今世界绝大多数国家采用的都是四级三审或三级三审制，我国所采用的两审终审制已成为少数例外之一。鉴于我国两审终审制的结构性缺陷以及同我国的国情相结合产生的诸多问题，有必要借鉴现代法治国家的通行做法，在完善我国第二审程序的基础上，构建适合我国国情的第三审上诉程序。这种必要性，诚如有的学者所阐述的：“三审终审使初审法院与终审法院保持一定距离，使最初的审判者顾及后面的两个审级而谨慎从事，又使终审法院在诉讼中避免因审级之间距离太近所形成的法官之间的情感亲近之弊；三审使终审法院的级别得以提高，使终审法院的专业水平容易得到保证，终审法院与当事人之间千丝万缕的人情因素得到抑制，地方保护主义的顽症得以缓解，保证法律的统一适用，也使较高级别的法院有更多的机会实际接触具体的案件，保证其在具有丰富‘临床’经验的基础上正确指导和监督下级法院的审判工作。”^① 但与此同时，不应当将三审终审作为一项不受限制的普遍做法。允许第三审程序的存在，在某种程度可以认为是以牺牲效率价值来追求司法的公正性。因此，构建我国民事诉讼的三审终审制，首当其冲的是如何对第三审进行合理的限制。这种“有限”是针对第三审作为一个审级与第一审、第二审相比较而言的，具体说来应该包括以下几个要点：

^① 陈桂明：《我国民事诉讼上诉审制度之检讨与重构》，载《法学研究》1996年第6期。

(一) 第三审审理范围的限制

在各级法院之间实现职能的分层,控制终审法院审理上诉案件的数量,排除最高法院审理事实问题的可能性,是各国实行三审终审制的一个普通趋势。^①这一方面是为了克服三审终审与诉讼经济之间的矛盾,同时也是为了让终审法院把有限的资源投入到维护司法的统一性上。以上述德国民事上诉制度的改革为例,为实现上诉程序功能的分化,改革的措施之一是把联邦法院的工作重心界定在重大法律问题的厘清、发展法律以及确保法律适用的统一性上。事实上,如果说上诉制度的功能如同英国鲍曼(Bowman)勋爵的报告所提出包括公共目的与私人目的两个层面^②,那么从第三审的功能就应该侧重(甚至是局限于)于公共目的,也就是法律适用的统一与法制权威的维护。在我国现行的柱形结构的审级结构下,各级法院都以追求案件的实体公正为目标,全面审查案件事实问题与法律问题,这无疑与现代审级制度的建构原理背道而驰的。因此,建构我国民事第三审程序的首要问题,是严格限制第三审审理的范围,规定当事人只能就原审判决中的法律问题提起第三审上诉。这里所谓的“法律问题”,既可以指原审判决不适用实体法或适用实体法的错误,也可以指诉讼过程中存在的严重的程序违法。

① 详见傅郁林:《审级制度的建构原理——从民事程序视角的比较分析》,载《中国社会科学》2002年第4期。

② 鲍曼:《对上诉法院(民事审判庭)的评审报告》(1997年9月)指出:上诉程序既具有私人目的(a private purpose),又具有公共目的(a public purpose)。其私人目的在于,纠正导致不公正结果的错误、不公或不当的法官自由裁量;其公共目的在于,确保公众对司法裁判的信心,并在有关案件中阐明并发展法律、惯例和程序,以及协助维持一审法院和仲裁处的水准。参见徐昕著:《英国民事诉讼与民事司法改革》,中国政法大学出版社2002年版,第364页。

（二）第三审提起条件的限制

除了将第三审审理的范围限于法律审外，为了防止当事人及其代理人滥用第三审程序，现代各国均对提起第三审的条件进行了严格的限制。这些限制总的说来包括了上诉利益的限制与上诉理由的限制两个方面。所谓上诉利益的限制，以德国旧民事上告制度为代表，要求上诉人提起第三审的案件价额须超过一定的金额限制始得为之。但是作为此方面限制的补充，上诉案件的价额即使未达法定限额，只要案件具有重要的法律意义，法院也可以行使自由裁量权而许可上诉。至于上诉理由之限制，与第三审作为法律审的性质相配合，要求当事人提起第三审上诉只能以第二审裁判违背法律规定作为理由，而不能就非法律问题提起上诉。结合我国的实际情况，对第三审的提起条件进行限制，同样要从上诉利益与上诉理由两方面考虑。所谓当事人具有上诉利益，可以考虑借鉴德国民事诉讼法的规定，包括以下两个方面：（1）案件的性质具有重要的法律意义。如涉及社会公共利益的案件、集团诉讼的案件、判决无独立请求权的第三人承担民事责任的案件等。（2）第二审判决违背最高人民法院的先前判决。至于上诉理由的限制，除规定当事人只能以原审裁判在适用法律上有错误作为提起三审上诉的理由外，还应当考虑将合议庭的组成不合法、应回避的法官未回避、受理案件的法院无管辖权、审理程序违反公正原则等作为提出第三审上诉的绝对理由。

（三）第三审程序规则的限制

第三审程序的存在以牺牲诉讼的效率作为代价，并且其核心的机能确保法律适用的统一。为体现第三审程序的法律审性质，提高第三审程序的诉讼效率，有必要使第三审程序的具体规则与一、二审程序有所区别。根据各国的理论与实践，至少应包

括以下两点：(1) 实行律师强制代理制。律师强制代理制，与当事人本人诉讼制相对，要求当事人在诉讼中必须委托律师作为诉讼代理人。这种制度的优点主要表现在以下两个方面：一是有利于当事人组织攻击与防御方法；二是有利于诉讼效率的提高。不过与本人诉讼制相比较，却也存在增加当事人诉讼费用以及违背“私法自治”精神的缺点。^① 我们之所以考虑在第三审中采用律师强制代理制，诚如我国台湾学者陈计男所云，主要是因为“第三审作为法律审，其诉讼程序当非一般人民所能胜任，为合诉讼程序能迅速有效及公平之进行，应改采律师代理诉讼制度。同时法院受理事件时，如发现代理律师有滥行代理上诉之情形时，应将该律师移付惩戒，则显无上诉理由之当事人，当听律师之劝告，打消滥行上诉之意念，甚或因无律师愿代理其滥行上诉而停止上诉。”^② (2) 以书面审理为原则。所谓书面审理，与开庭审理相对，指第三审法院在审查下级法院的判决时只以该判决及当事人在原审提出的各种证据作为依据，而不要求当事人出庭进行口头辩论，也不允许提出新的证据。这样做从法院方面考虑，有助于减少第三审法院的负荷；从当事人的角度出发，可使当事人无须为第三审花费过多的时间与精力，并可防止当事人利用第三审进行证据的突然袭击。

五、严格限制再审程序的启动

整个司法制度犹如一部构造精密的机器，任何局部的改革必然引发相关领域配套改革的要求。在对我国未来民事上诉制度实

① 张卫平、陈刚编著：《法国民事诉讼法导论》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 156 页。

② 陈计男著：《程序法之研究（一）》，台湾文太印刷企业有限公司 1984 年版，第 75 页。

行有限三审制进行规划的同时,也应注意,目前民事审判实践中普遍存在的再审启动随意性的问题如果得不到有效的解决,势必制约三审终审制功能的正常发挥。事实上一旦三审终审制得以确立,作为支撑我国再审程序存在的现实理由已大为削弱,因此再审程序的启动应该受到严格的限制,以保障诉讼程序的安定性与生效裁判的权威性。而要达成此目标,必须在深刻反思我国再审程序理念的基础上,^① 重构我国民事再审程序规则。关于如何改造我国的民事再审程序,学界的探讨已颇为深入并取得了某些共识,这里只提出一个基本的思路:

1. 变无限再审为有限再审。由于我国民事诉讼法规定的再审的事由过于原则,可操作性差,再审程序极易被发动。为避免再审程序启动的随意性,变无限再审为有限再审,首先必须将再审的事由限定在能够导致裁判错误的重大事项,并尽可能予以具体规范。^② 《民事证据规定》为限制证据的随时提出和再审的随意发动,将再审程序的“新证据”界定为“原庭审结束后发现的新证据”,并要求当事人在申请再审时提出。我们认为应规定除个别例外情形外,当事人在再审程序中不得提出新证据。

2. 变申请再审为再审之诉。当事人申请再审是引起再审程序启动的一个重要途径,但是当事人却没有启动再审程序的权利。根据《适用民诉法意见》第206条,人民法院接到当事人再审申请后应当进行审查,再根据审查的结果决定是否再审。由于现有的法律与司法解释对法院的审查程序缺乏具体的程序约束,

^① 有学者指出,在我国民事司法体制下,重构再审程序必须探讨的理念问题包括“再审制度与实事求是原则”、“再审制度与程序安定”、“再审制度与法院裁判的终局性”、“再审制度与司法的权威性”等。具体论述见常怡、唐力:《民事再审制度的理性分析》,载《河北法学》2002年第5期。

^② 有学者借鉴日本民事诉讼法的规定,提出了我国再审程序应包括的十项法定事由。参见章武生:《论民事再审程序的改革》,载《法律科学》2002年第1期。

当事人的权利难以得到有效的保障。故我们建议变申请再审为再审之诉,对当事人提起再审之诉的条件、法院审查再审的程序、时限和次数、当事人在再审之诉中的权利与义务作出明确的规定。

3. 取消法院自行再审制度。法院依职权主动发动再审作为我国再审程序启动的主要方式在我国的司法实践中颇受诟病,事实上“通过现行法颁行近十年的司法实践看,保留法院发动再审权弊端很大。只要法院有这种权力,又没有相应的制约措施,那么它就很容易被滥用,最终将是以法院为主而非以当事人为主发动再审。”^①更为重要的是,当我国最终确立起三审终审制度时,正常的审级制度已经为法院纠正自己的错误的裁判提供了足够充分的机会,法院理应把精力集中在审级体系内的“错误控制”,而不是依靠附生的机制来为自己的疏失寻找“补台”。基于尊重当事人的诉权、提高诉讼的效率的考虑,同时也是为了避免上诉制度改革的努力流于形式,理应在我国取消法院自行再审制度。

4. 限制检察机关抗诉范围。关于检察机关的民事抗诉权,近年来在我国法学理论界引发了诸多争论。有的学者提出应扩大检察机关对民事案件抗诉的范围,对于涉及国有资产事件、公害事件,应当赋予检察院起诉权;^②有的提出应取消检察机关的抗诉监督,把当事人申请再审作为发动再审的惟一途径,认为检察院提起抗诉与民事诉讼的性质、特点不符,干预了属于私法的民事关系,与处分原则相抵触。^③但大多数学者认为司法独立应以理性的法院、清廉公正的法官、完善的诉讼程序为前提,保留检

① 李浩:《民事诉讼检察监督若干问题研究》,载《中国法学》1999年第3期。

② 杨立新在民事审判制度改革研究研讨会上的发言,参见《民事审判制度改革研讨会纪要》,载《法学研究》1998年第5期。

③ 景汉朝、卢子娟:《论民事审判监督程序之重构》,载《法学研究》1999年第1期。

察监督仍是必要的。我们赞同在现阶段保留检察机关的民事抗诉权,但主张将检察机关抗诉的范围限于涉及国家利益和社会公共利益以及法官枉法裁判的案件,以免造成对当事人诉权的侵蚀和对法院审判权的不当干预。

六、结 语

“对于发展中国家的法律改革,比较法研究是极有用的。通过比较法研究可以刺激本国法律秩序的不断批判,这种批判对本国法的发展所做的贡献比局限在本国之内进行的‘教条式的议论’要大得多。”^①他山之石,可以攻玉。我国的司法改革在立足本国国情、重视本土资源的同时,还应当借鉴外国司法改革的经验教训。如果仅仅局限于对本国司法制度的考察,我国的司法改革将很难取得突破性的进展。

近年来,英国、德国在司法改革中,先后对本国民事上诉制度作了重大变革。^②考察英、德两国民事上诉制度改革的进程,我们清晰地看到,两国不约而同地采取了一种“从理念到规则”的改革进程,即在全面审视与深刻反思本国民事上诉制度存在的缺陷之后,根据本国国情设定改革的目标与原则,并在该目标和原则的指引下逐渐展开具体的规则设计。其中引人深思的一点经

① [德] K·茨威格特、H·克茨著,潘汉典等译:《比较法总论》,贵州人民出版社 1992 年版,第 27 页。

② 关于英国的民事司法改革,参见齐树洁:《接近正义:英国民事司法改革述评》,载张卫平主编:《司法改革论评》(第 2 辑),中国法制出版社,2002 年版;徐昕著:《英国民事诉讼与民事司法改革》,中国政法大学出版社 2002 年版,第十三章“上诉程序”。关于德国民事司法改革,参见齐树洁:《德国民事司法改革及其借鉴意义》,载《中国法学》2002 年第 3 期;德国联邦司法部:《关于民事诉讼法改革法案起草的说明》(Explanatory Memorandum to the Draft of an Act to Reform the Law of Civil Procedure),<http://www.bmj.bund.de>。(2002 年 10 月 12 日)

验是，两国所确立的民事上诉制度改革目标和原则，并不囿于上诉制度本身，而是蕴涵着该国民事司法改革的整体理念，从而使上诉规则的设计能够与民事诉讼的其他制度相互协调与配合。把握这样一种改革进程，不仅有助于我们深刻了解英、德两国民事上诉改革措施的原因并进行理智的移植与改造，同时也在无形中为我国民事上诉制度的重构昭示着一种进路。